



Region Hannover

Der Regionspräsident

Regionspräsident

► **Nr. 2338 (III) AaA**

Hannover, 2. Juni 2015

Antwort auf Anfragen

öffentlich

Gremium	geplant für Sitzung am	Beschlüsse		Abstimmung		
		Laut Vorschlag	abweichend	Ja	Nein	Enthaltung

Stand des Verfahrens vor dem Oberlandesgericht Celle - Privater Entsorger gegen die Region Hannover und den beigeladenen Zweckverband Abfallwirtschaft -aha-

Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 17.12.2014 wurde ein Verfahren vor dem OLG Celle (Vergabesenat, EuGH-Vorlage vom 17.12.2014, 13 Verg 3/13) ausgesetzt, welches die Region Hannover als Antragsgegnerin und den Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (aha) als Beigeladenen betrifft. Antragstellerin und Beschwerdeführerin ist ein Unternehmen der Privatwirtschaft, welches Entsorgungsdienstleistungen erbringt.

Der Vergabesenat des OLG Celle hat per Beschluss das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union gem. Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1. Stellt eine Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, auf deren Grundlage die Gebietskörperschaften durch Satzungen einen gemeinsamen Zweckverband mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen, der fortan bestimmte Aufgaben, die bislang den beteiligten Gebietskörperschaften obliegen haben, in eigener Zuständigkeit wahrnimmt, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Artikel 1 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur*

Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L134, Seite 114) dar, wenn dieser Aufgabenübergang Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie betrifft und entgeltlich erfolgt, der Zweckverband über die Wahrnehmung zuvor den beteiligten Körperschaften obliegenden Aufgaben hinausgehende Tätigkeiten entfaltet und der Aufgabenübergang nicht zu „den zwei Arten von Aufträgen“ gehört, die, obwohl sie von öffentlichen Einrichtungen vergeben werden, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (zuletzt: EuGH Urteil vom 13. Juni 2013 - C 386/11, ABl. EU 2013, Nr. C 225, 7, juris Tz. 33 ff.) nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fallen?

2. Soweit Frage 1 bejaht wird: Richtet sich die Frage, ob die Bildung eines Zweckverbandes und der damit verbundene Aufgabenübergang auf diesen ausnahmsweise nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union fällt, nach den Grundsätzen, die der Gerichtshof betreffend Verträgen zwischen einer öffentlichen Einrichtung und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person entwickelt hat, nach denen eine Anwendung des Vergaberechts der Union ausscheidet, wenn die Einrichtung über die betreffende Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und die genannte Person zugleich im Wesentlichen für die Einrichtung oder die Einrichtungen tätig ist, die ihre Anteile innehat bzw. innehaben (vgl. in diesem Sinne u.a. EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98 - Teckal, Slg. 1999, I-8121, Tz. 50), oder finden demgegenüber die Grundsätze Anwendung, die der Gerichtshof betreffend Verträgen entwickelt hat, mit denen eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart wird (dazu: EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - C-159/11, ABl. EU 2013, Nr. C 46, 4, juris Tz. 34 f.).

Der Hintergrund des Verfahrens stellt sich für die CDU-Fraktion der Region Hannover wie folgt dar:

Die Region Hannover – Antragsgegnerin – war vor der Gründung des beigeladenen Zweckverbandes Abfallwirtschaft Region Hannover öffentlich rechtlicher Entsorgungsträger im Gebiet des ehemaligen Landkreises Hannover. Durch Gebietsänderungsvertrag zwischen der Region Hannover und der Stadt Hannover über die Abfallwirtschaft vom 29.11.2002 übertrug die Stadt Hannover ihre Aufgaben als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger auf die Region Hannover.

Aus dem Beschluss des OLG Celle geht hervor, dass in dieser Sache die Frage entscheidungserheblich ist, ob es sich bei dem Aufgabenübergang auf den Zweckverband um einen öffentlichen Auftrag im Sinne der Vergabevorschriften handelt. Sofern dies der Fall ist, „wäre der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig und begründet“.¹ Das würde dazu führen, dass dem Antrag der Antragstellerin stattzugeben ist.

¹ a.a.O. Rn. 48.

In der Vorlagefrage zu 1 lässt daher das OLG Celle die Frage klären, ob es sich bei der oben beschriebenen Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften um einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne der europarechtlichen Vergabevorschriften handelt.

Sollte es sich um einen „öffentlichen Auftrag“ handeln, geht der Senat des OLG Celle nach bisherigem Kenntnisstand davon aus, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Aussicht auf Erfolg hat, da alle wesentlichen Voraussetzungen, insbesondere aufgrund der mangelnden Übermittlung von validem Zahlenmaterial durch die Region Hannover und durch aha, zum jetzigen Zeitpunkt vorliegen.

In Rn. 43 des in Rede stehenden Senatsbeschlusses heißt es wie folgt:

Nachdem der Beigeladene seine Umsätze zunächst teilweise erläutert hatte, hat er auf den Hinweis- und Auflagenbeschluss des Senates vom 9. Januar 2014 hin, mit dem eine weitere Sachaufklärung angeordnet wurde, erklärt, vor dem Hintergrund der nach seiner Auffassung eindeutigen Rechtslage nicht zu weiteren Auskünften oder zur Vorlage aussagekräftiger Unterlagen aus der Buchführung bereit zu sein.

Dieser Hinweisbeschluss erfolgte aufgrund eines wesentlichen Kriteriums der bisher entwickelten Rechtsprechung bei sog. „In-House-Geschäften“. Bei Geschäften derartiger Art werden Aufträge an eine formal juristisch gesehen rechtlich selbstständige Person vergeben, die aber mit dem Auftraggeber verbunden ist. Nach bisherigem Kenntnisstand des OLG Celle soll dieses hier vorliegen.² Der Anwendungsbereich des Vergaberechts wäre vorliegend nur dann ausgeschlossen, wenn insbesondere *die Einrichtung über die betreffende Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen, und die genannte Person zugleich im Wesentlichen für die Einrichtung oder die Einrichtungen tätig ist, die ihre Anteile inne hat, bzw. inne haben.*³

Vorliegend wurde insbesondere und ausführlich die Frage erörtert, ob der Zweckverband im Wesentlichen für die Verbandsmitglieder als öffentlicher Auftragnehmer tätig ist.

*Eine solche Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber kann angenommen werden, wenn 90 % der Tätigkeit für diesen erfolgt (EuGH, Urteil vom 19. April 2007 - C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Tz. 62 f.).*⁴

Das OLG Celle kommt nach bisherigem Stand dazu, dass der Zweckverband nicht mehr wesentlich für die Region und die Stadt Hannover tätig ist. Zu diesem Ergebnis kommt das OLG Celle unter anderem deshalb, „nachdem der Zweckverband erklärt hat, keine weiteren Angaben zu seinen Umsätzen zu machen und keine Unterlagen vorzulegen, aufgrund derer eine genauere Differenzierung zwischen Umsätzen für den öffentlichen Auftraggeber und Drittumsätzen möglich ist. Nach § 120 Abs. 2, § 70 Abs. 3 GWB kann ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Beweismittel entschieden werden. Eine sonstige Amtsaufklärung ist nicht vorzunehmen.“⁵

² a.a.O. Rn. 58.

³ a.a.O. Rn. 59.

⁴ a.a.O. Rn. 65.

Daher ist insbesondere lesenswert, welche Annahmen das OLG Celle selbst vornimmt:

Der beigeladene Zweckverband stuft selbst 13.085.190,85 € seiner Umsätze sowie der Umsätze seiner Tochtergesellschaft als gewerbliche Drittumsätze ein. Ausgehend von dem prognostizierten Gesamtumsatz für 2013 (ohne Innenumsätze) von 182.226.821,21 € macht bereits dies eine Quote von 7,18 % aus.

Inwiefern auch weitere Umsätze des beigeladenen Zweckverbandes als Drittumsätze einzuordnen sind, die nicht für die kontrollierenden Körperschaften erbracht wurden, hängt grundsätzlich davon ab, in welchen Fällen solche Drittumsätze anzunehmen sind.

Die Antragsgegnerin geht davon aus, dass die Annahme und Verwertung sämtlicher dem Beigeladenen überlassener Abfälle ein „hoheitliches“ Hilfsgeschäft darstelle, unabhängig davon, ob dieser rechtlich zur Annahme verpflichtet sei; die daraus erzielten Erlöse seien als Erlöse aufgrund der Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin und der Stadt H. zu werten. Der Senat neigt demgegenüber dazu, nur die Annahme und Verwertung solcher Abfälle als Tätigkeit für die kontrollierenden Körperschaften zu behandeln, für die eine Annahmepflicht nach § 20 KrWG besteht (ebenso: GK-KrWG/Klement, vor § 17 Rn. 59).

Nicht annahmepflichtig sind hiernach Gewerbeabfälle zur Verwertung sowie Abfälle, die nicht auf dem Gebiet der Region und der Stadt H. angefallen sind (vgl. auch: Klement, a. a. O.). Zwar wurde dem Beigeladenen durch § 4 Abs. 4 der Verbandsordnung i. d. F. vom 29. Februar 2008 auch die Entsorgung sämtlicher Abfälle zur Verwertung aufgegeben. Insofern ließe sich begrifflich argumentieren, dass auch sämtliche dieser Erlöse auf der Vergabeentscheidung beruhen. Insoweit tritt das Unternehmen jedoch in den Wettbewerb, ohne hierzu gesetzlich verpflichtet zu sein. Soweit die Bildung eines Zweckverbandes und der Aufgabenübergang auf diesen überhaupt dem Vergaberecht unterfällt, kann es der öffentliche Auftraggeber nicht in der Hand haben, diese Vergabeentscheidung dadurch wieder dem Vergaberecht zu entziehen, dass er durch eine weitere Aufgabenzuweisung jegliche Tätigkeit als Tätigkeit für die kontrollierenden Körperschaften qualifiziert.

Ob darüber hinaus sogar nur die Annahme und Verwertung solcher Abfälle als Tätigkeit für die qualifizierenden Körperschaften zu werten sein sollte, betreffend derer nicht nur eine Annahmepflicht des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach § 20 KrWG, sondern auch eine Überlassungspflicht der Erzeuger oder Besitzer von Abfällen nach § 17 KrWG besteht (in diesem Sinne wohl OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2011 - Verg 20/11, juris Tz. 85), kann an dieser Stelle noch offen bleiben. Vielmehr spricht einiges dafür, dass die maßgebliche Grenze von 10 % des Gesamtumsatzes bereits bei Berücksichtigung der Annahme und Verwertung nur solcher Abfälle, für die keine Annahmepflicht nach § 20 KrWG

⁵ a.a.O. Rn. 63.

besteht, überschritten ist. Nach den von dem Geschäftsführer des Zweckverbands erläuterten Umsatzzahlen erzielte der beigeladene Zweckverband allein aus der Verwertung von PPK-Abfällen prognostizierte Erlöse in Höhe von rund 13.000.000 €. Dies stellt einen Anteil in Höhe von 7,13 % des Gesamterlöses dar. Mangels genauerer Aufgliederung ist auch nicht näherungsweise greifbar, welcher Anteil dieser Abfälle auf Gewerbeabfälle zur Verwertung entfällt. Schon unter Berücksichtigung nur dieser Verwertungserlöse ist daher ein Überschreiten der 10 %-Grenze jedenfalls konkret möglich, wenn nicht sogar naheliegend.

Daher kommt das OLG Celle zu dem Ergebnis, dass keine wesentliche Tätigkeit im Sinne der entwickelten Rechtsgrundsätze vorliegt.

Ebenso geht aus dem Beschluss hervor, dass die weitere tatsächliche und rechtliche Bewertung der Region Hannover sowie des Beigeladenen bisher nicht auf fruchtbaren Boden gestoßen ist. Es wird von der Region Hannover und des Beigeladenen auf eine noch nicht umgesetzte Richtlinie der EU rekurriert, wonach eine Wesentlichkeit erst verneint wird, wenn die Drittumsätze mehr als 20 % ausmachen. Das OLG geht davon aus, dass diese Richtlinie noch nicht anzuwenden ist, da die Umsetzungsfrist bisher nicht abgelaufen ist. Insbesondere aber kommt das OLG Celle zu dem Ergebnis, dass selbst die Schwelle von 20 % überschritten werden könnte.⁶

Unklar ist über die Einordnung der Erlöse aus der Verwertung von PPK-Abfällen hinaus insbesondere die Einordnung von Erlösen aus der Verwertung von Bauschutt aus Gewerbebetrieben, aus der Verwertung gewerblicher Grün- und Bioabfälle, aus der Verwertung von Altmetall und sonstigen gewerblichen Wertstoffen, die der Beigeladene u. a. mit Gewerbewertstofftonnen sammelt, aus dem sog. „Großcontainerbereich“ und aus nicht infektiösen Abfällen aus dem Bereich des Klinikums. Genaue Größenordnungen sind insoweit bislang nicht greifbar. Nach den bisherigen Erläuterungen durch den Beigeladenen spricht einiges dafür, dass Erlöse aus der Verwertung gewerblicher Grün- und Bioabfälle in verschiedenen Positionen enthalten sind, die zusammen einen Betrag in Höhe von rund 2.022.000 € (entsprechend 1,11 % des Gesamtumsatzes) ausmachen. Erlöse aus dem Großcontainerbereich können bisher nur näherungsweise unter Berücksichtigung von Teilen der Erlöse aus diesem Bereich im Wirtschaftsjahr 2006 von 1.186.000 € (entsprechend 0,65 % des Gesamtumsatzes) gegriffen werden. Erlöse aus der Verwertung von Altmetallen aus Gewerbebetrieben dürften einen Teil von 1.300.000 € (entsprechend 0,71 % des Gesamtumsatzes) ausmachen.

Entscheidend ist für den Senat aber, dass zum einen mangels Offenlegung dezidierter Umsatzzahlen für einzelne Abfallfraktionen und zum anderen mangels Offenlegung der genauen Umsatzzahlen - ggf. der Prognose - für das laufende Geschäftsjahr unter Berücksichtigung der durch die Erweiterung der gewerblichen Tätigkeit vermutlich gesteigerten Drittumsätze eine abschließende Beurteilung nicht

⁶ a.a.O. Rn. 75.

möglich ist, es aber konkret möglich erscheint, dass maßgebliche Drittumsätze auch die Grenze von 20 % übersteigen, auch wenn der Senat die Auffassung der Antragstellerin, es sei sogar überaus wahrscheinlich, dass der Beigeladene bis zu 22,79 % seiner Umsätze mit Dritten tätige, nicht teilt.

Dies vorausgeschickt frage ich Sie:

1. Treffen die Ausführungen im Grundsatz zu?

Die Region Hannover als Antragsgegnerin und der Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover (aha) als Beigeladene begrüßen den Aussetzungsbeschluss des OLG Celle vom 17.12.2014 und hier insbesondere die Vorlagefrage zu Ziff. 1, mit der durch Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union abschließend die Frage geklärt werden soll, ob die Gründung des Zweckverbandes mit delegierender Übertragung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers ein dem Vergaberecht unterstellter öffentlicher Auftrag gewesen ist. Man erhofft sich dadurch eine endgültige Klärung in der rechtlichen Auseinandersetzung zwischen der Beschwerdeführerin, einem Unternehmen der Privatwirtschaft, welches Entsorgungsdienstleistungen erbringt und der Region Hannover bzw. dem Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover.

Die Beschwerdeführerin initiierte unter dem 3.4.2012 bei der Vergabekammer Niedersachsen beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr ein erstes Nachprüfungsverfahren mit dem Antrag, die Unwirksamkeit der Übertragung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers auf den Zweckverband mit Wirkung ex nunc festzustellen. Diesen Antrag hat die Vergabekammer Lüneburg ohne mündliche Verhandlung mit Beschluss vom 4.5.2012 als unzulässig verworfen und der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens auferlegt. In Übereinstimmung mit der bis heute herrschenden Meinung sah die Vergabekammer in der Gründung eines Zweckverbandes mit delegierender Aufgabenübertragung keinen dem Vergaberecht unterstellten Beschaffungsvorgang.

Auf die sofortige Beschwerde gab der nunmehr vorlegende Vergabesenat mit Beschluss vom 5.7.2012 den Hinweis, dass die Vergabekammer möglicherweise das Begehren der Beschwerdeführerin nicht richtig erfasst habe. Diese greife nicht die ursprüngliche Übertragung der der Region Hannover obliegenden Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers auf den Zweckverband aha an. Die Beschwerdeführerin mache vielmehr geltend, mit der Ausweitung des Geschäftsbetriebes des Zweckverbandes auch auf Gewerbestoff- und Gewerbealtpapiertonnen seien ex nunc die Voraussetzungen dafür entfallen, diesen ohne Ausschreibung weiter die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers ausführen zu lassen.

In der mündlichen Verhandlung am 13.11.2012 hat der Senat seine von der Vergabekammer abweichenden Überlegungen, die sicherlich für mandatierende Zweckvereinbarungen ihre Berechtigung haben können, für die hier in Rede stehende delegierende Zweckvereinbarung mit Gründung eines Zweckverbandes und Übertragung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nicht weiter vertieft, sondern den Nachprüfungsantrag gem. § 101 b Abs. 2 GWB als verfristet zurückgewiesen. Dabei berief sich der Senat auf den eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin, die behauptet hatte, dass bereits im Jahre 2010 vom Gesamtumsatz des Zweckverbandes in Höhe von 178.400.000 EUR ein Betrag von 19.500.000 EUR auf Tätigkeiten für private und gewerbliche Dritte entfiel.

Mit dieser Entscheidung wurde die vorrangig zu klärende Frage nicht thematisiert, ob der beigeladene Zweckverband bei Ausweitung seiner geschäftlichen Aktivitäten zukünftig gehalten sei auf den Erhalt seiner Inhouse-Fähigkeit zu achten, indem er nicht mehr als 10 % Fremdumsätze für Dritte tätigte. Gänzlich unangetastet blieb in diesem Verfahren die Frage, wie die inhouse-schädlichen Fremdumsätze überhaupt zu definieren sind.

Im weiteren Verfahren machte sich die Beschwerdeführerin den damaligen Vortrag der Region Hannover zu eigen, wonach die vergaberechtlich relevanten Drittumsätze des Zweckverbandes bis zum Jahr 2012 noch nicht die 10 %-Grenze überschritten hätten. Unter Bezugnahme auf den Wirtschaftsplan 2013, der in der Abfallausschusssitzung der Region Hannover am 29.11.2012 diskutiert wurde, folgerte sie nunmehr für 2013 eine weit über das bisherige Maß hinaus zu erwartende Ausweitung der Drittumsätze und initiierte mit diesem Vortrag unter dem 21.12.2012 das zweite Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Niedersachsen.

Auch diesen erneuten Nachprüfungsantrag hat die Vergabekammer Niedersachsen ohne mündliche Verhandlung mit Beschluss vom 29.1.2013 erneut als unzulässig zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde vom 13.2.2013 ist Gegenstand des jetzt ausgesetzten Verfahrens.

Aus Sicht des beigeladenen Zweckverbandes war und ist das Nachprüfverfahren in Ermangelung eines streitigen öffentlichen Dienstleistungsauftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB unzulässig (so auch die Vergabekammer in dem o.a. Beschluss vom 29.1.2013). Insofern äußerte er Zweifel, ob seiner Verpflichtung in einem erkennbar unzulässigen Nachprüfungsverfahren Prognosezahlen für das laufende Wirtschaftsjahr 2013 offen zu legen. Gleichwohl hat der Zweckverband mit Schriftsatz vom 3.4.2013 die Prognosewerte

2013 mit einem Vergleich zu den Istwerten des Jahres 2011 dem Gericht überreicht und es dem Senat überlassen, zu entscheiden, ob und in welchem Umfang das Zahlenwerk an die Beschwerdeführerin weiterzureichen ist. Letztlich geht und ging es hier auch um die Weitergabe von Betriebsgeheimnissen.

Im Termin am 30.4.2013 hat der damalige stellvertretende Verbandsgeschäftsführer des Zweckverbandes, Herr Reuter, dieses Zahlenwerk umfassend mündlich erläutert. Im Anschluss daran wurde dem Beigeladenen aufgegeben, die Aufstellung über die Ermittlung der Quote des Anteils gewerblicher Tätigkeiten in arh und aha schriftsätzlich zu erläutern. Dem ist der Zweckverband mit Schriftsatz vom 13.6.2013 umfassend nachgekommen.

Am 29.10.2013 verhandelte der Senat erneut mündlich zur Sache. Dabei wurde der damalige stellvertretene Verbandsgeschäftsführer des Beigeladenen, Herr Reuter, zu den vorgetragenen öffentlich-rechtlich und gewerblichen Umsätzen des aha und der arh angehört. Das Protokoll der Sitzung ist als - Anlage - beigefügt.

In seinem Hinweisbeschluss vom 9.1.2014 konzentrierte sich der Senat erneut auf die Frage des Erhalts der Inhouse-Fähigkeit des Zweckverbandes und zog in Zweifel, dass der Zweckverband im Wesentlichen für die Region Hannover und die Stadt Hannover tätig ist. War man bisher davon ausgegangen, dass Umsätze, die der Zweckverband als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger tätigte, nicht als Fremdotsätze zu bewerten waren, tendierte der Senat zu der Annahme, dass nur die Umsätze der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen seien, die im Zusammenhang mit Abfällen stehen, für die eine Überlassungs- und Annahmepflicht nach § 20 KrWG besteht. Erfasst wären demnach sämtliche Abfälle aus privaten Haushaltungen sowie Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen, die dem Entsorgungsträger überlassen werden. Als Fremdumsatz bewertete der Senat daher Abfälle zur Verwertung, die dem Zweckverband aus dem gewerblichen und anderen Herkunftsbereichen überlassen wurden. Der Zweckverband verfügt allerdings über entsprechendes Datenmaterial nicht und ist somit faktisch nicht in der Lage, hier sachgerechte Auskünfte erteilen zu können. So kann der Zweckverband weder erkennen noch mit angemessenem Aufwand ermitteln, aus welchem Herkunftsbereich die PPK-Abfälle stammen, die ihm über die blaue Tonne oder den blauen Sack überlassen werden. Entsprechendes gilt für Grüngut und Bioabfälle, aber auch für wiederverwertbaren Bauschutt.

Die vorrangig zu beurteilende Frage, worin denn der vergaberechtpflichtige Beschaffungsvorgang zu sehen ist bzw. ob die Gründung eines Zweckverbandes mit

delegierender Aufgabenübertragung ausschreibungsfrei ist, wurde vom Senat in diesem Hinweis- und Auflagenbeschluss nur randlich erörtert. Wie sich jetzt auch im Vorlagebeschluss zeigt, zieht der Senat vielmehr ernsthaft in Erwägung, dass die Übertragung der Aufgaben als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger eine Vergabeentscheidung sein kann.

Obwohl der Senat in seinem Vorlagebeschluss (S. 25) ausdrücklich die gesetzlichen Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in § 6 NAbfG zitiert, wonach öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger vorliegend nur die Region selbst oder ein Zweckverband sein kann, hält es einen ausschreibungsfähigen Beschaffungsvorgang entgegen der klaren gesetzlichen Regelung für denkbar. Indes kann sich ein privater Dritter gar nicht um die Pflichtenübertragung überhaupt nur bewerben. Genau das aber nimmt der Senat in seinem Vorlagebeschluss auf S. 11 unten an, in dem er ausführt:

„Ein solches wettbewerbliches Vergabeverfahren ist nicht durchgeführt worden. Vielmehr haben die Antragsgegnerin und die Landeshauptstadt Hannover den Aufgabenübergang auf den beigeladenen Zweckverband ohne Beteiligung anderer Unternehmen unmittelbar herbeigeführt, dem beigeladenen Zweckverband mithin bei Bejahung der Vorlagefrage¹ unmittelbar beauftragt.“

6 Tage nach Verkündung des o.a. Hinweis- und Auflagenbeschlusses hat das Europäische Parlament in seiner Sitzung vom 15.1.2014 eine neue Vergaberichtlinie beschlossen, die zwar noch nicht in nationales Recht umgesetzt ist, gleichwohl - zumindest soweit es sich um Auslegungsfragen handelt - zumindest den EuGH, wohl aber auch die nationalen Gerichte binden dürfte.

Der Senat ist mit Schriftsatz vom 10.2.2014 auf Titel I, Kapt. I, Abschnitt 1 Art. 1 „Gegenstand und Anwendungsbereich“ hier auf Ziff. 6 hingewiesen worden, der quasi als Negativdefinition zu dem zuvor definierten „Erwerb“ bestimmt:

„Vereinbarungen, Beschlüsse und andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen den öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedsstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt.“

Damit war aus Sicht der Region, aber auch des Zweckverbandes die vorrangig zu klärende Frage, ob die Gründung des Zweckverbandes und der damit verbundene gesetzliche Übergang der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers überhaupt dem Vergaberecht unterstellt negativ entschieden.

Da es mithin auf den Erhalt der Inhouse-Fähigkeit nicht mehr ankam, war es dem Zweckverband auch nicht weiter zuzumuten, weitere Auskünfte zu den Drittumsätzen zu erteilen, zumal dies nicht nur mit erheblichen Zeitaufwand und der Preisgabe von Betriebsgeheimnissen verbunden war, sondern auch zum Teil objektiv unmöglich war, die Umsätze nach den Vorgaben des Senats aufzuschlüsseln. Mit der abgestimmten weiteren Auskunftsverweigerung sollte der Senat allerdings auch gezwungen werden, die vorrangige jetzt dem EuGH zur Vorentscheidung vorgelegte Frage zu entscheiden oder vorzulegen.

Mit Beschluss vom 25.4.2014 wies der Senat darauf hin, dass er beabsichtige, die sofortige Beschwerde unter Berücksichtigung von Art. 12 Nr. 1 (b) der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU zurückzuweisen. In Art. 12 Nr. 1 (b) wurde die Grenze der Inhouse-Fähigkeit auf mehr als 80 % herabgesenkt, so dass nur Drittumsätze von mehr als 20 % den Verlust der Inhouse-Fähigkeit zur Folge haben könnten.

Soweit in der Anfrage der CDU Fraktion auf S. 5 mittig ausgeführt wird, die Region Hannover und der beigeladene Zweckverband habe auf eine noch nicht umgesetzte Richtlinie der EU rekuriert, wonach eine Wesentlichkeit erst verneint wird, wenn die Drittumsätze mehr als 20 % ausmachen, ist diese Annahme unzutreffend. Weder die Region, noch der Zweckverband haben sich nach Erlass der Richtlinie 2014/24/EU noch weiter zur Inhouse-Fähigkeit und damit zur 20 %-Grenze erklärt. Diese Thematik hat ausschließlich der Senat in dem o.a. Beschluss aufgegriffen und entsprechend bewertet.

In Vorbereitung des Termins am 14.10.2014 wurde der Senat noch einmal mit Schriftsatz vom 6.10.2014 aufgefordert zur Herstellung eines dauerhaften Rechtsfriedens sich vorrangig mit der Frage zu befassen, ob die Gründung des Zweckverbandes und der damit einhergehende gesetzliche Aufgabenübergang als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gem. § 6 Abs. 1 S. 2 NAbfG überhaupt eine Vergabeentscheidung im Sinne eines Auftrages sein kann. Leider hatte der Senat sich in seinem Hinweisbeschluss vom 25.4.2014 überhaupt nicht zu Art. 1 Ziff. 6 der Richtlinie 2014/24/EU geäußert.

Auch in der mündlichen Verhandlung am 14.10.2014 galt das Augenmerk des Senats ausschließlich der Beurteilung der Inhouse-Fähigkeit und hier insbesondere der Frage, ob trotz fehlender Umsetzung in nationales Recht die 20 %-Grenze schon zu berücksichtigen sei.

In dieser Situation haben die Verfahrensbevollmächtigten der Region und des Zweckverbandes förmlich darum gebeten, das Verfahren auszusetzen und die aus hiesiger Sicht vorrangige Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, falls der Senat gedenkt die Beschwerde unter Hinweis auf seinen Beschluss vom 25.4.2014 im Hinblick auf Art. 12 Nr. 1 (b) (20 %-Grenze) zurückzuweisen.

Insofern wird – wie eingangs angemerkt – das Vorabentscheidungsersuchen begrüßt. Auf diese Weise wird auch dem Zweckverband Planungssicherheit für die Zukunft gegeben, der sich nach hiesiger Einschätzung nicht auf den dauerhaften Erhalt seiner Inhouse-Fähigkeit einzurichten hat.

In der Sache nicht nachvollziehbar ist lediglich die Formulierung in der Vorlagefrage 1:

„..., wenn dieser Aufgabenübergang Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie betrifft und entgeltlich erfolgt“

Der Aspekt der Entgeltlichkeit war nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Es hat auch keinen entsprechenden Hinweisbeschluss des OLG gegeben. Der Senat folgert diese Entgeltlichkeit aus § 16 Abs. 2 der Zweckverbandsatzung. Diese bestimmt, dass die Verbandsmitglieder zu jährlich festzusetzenden Umlagen herangezogen werden können, soweit die sonstigen Einnahmen des Zweckverbandes zur Bestreitung der Verbandsaufgaben nicht ausreichen. Gem. § 29 des damals geltenden Niedersächsischen Zweckverbandsgesetzes ist eine derartige Fehlbetragsregelung zwingend in die Verbandsatzung aufzunehmen. Tatsache ist, dass seit Bestehen des Zweckverbandes nicht in einem einzigen Wirtschaftsjahr eine Fehlbetragsumlage von den Verbandsmitgliedern erhoben wurde, weil der Zweckverband entsprechend § 16 Abs. 1 der Satzung kostendeckend arbeitet.

2. Wann wollte die Regionsverwaltung über den Beschluss des OLG Celle und die damit verbundene Aussetzung des Verfahrens informieren?

Die Region Hannover hat im Regionsausschuss am 27.01.2015 darüber informiert.

3. Wann wurde in einem Gremium dem Regionsabgeordnete angehört, über dieses Verfahren informiert? Bitte benennen Sie die betreffenden Termine und Gremien.

Siehe 2.

4. Warum haben die Region Hannover und der beigelegte Zweckverband darauf verzichtet, das geforderte Zahlenwerk vorzulegen?

- 4.1 Warum hat der beigelegte Zweckverband Abfallwirtschaft durch den Verzicht auf die Übermittlung der geforderten Daten das Risiko einer unvorteilhaften Ab- bzw. Einschätzung der Höhe der hiermit zusammenhängenden Drittumsätze durch das OLG Celle auf sich genommen?

Zu 4. und 4.1)

Wie bereits zuvor dargelegt hat der beigelegte Zweckverband umfangreiches Zahlenwerk vorgelegt und in einem aus hiesiger Sicht unzulässigen Vergabenausschreibungsverfahren Betriebsgeheimnisse offenbart. Der Zweckverband Abfallwirtschaft hat ganz bewusst darauf verzichtet, weitere Ermittlungen zu den Drittumsätzen nach den Vorstellungen des Senats vorzunehmen, weil

- wie bereits oben erwähnt, für Abfall zur Verwertung aus gewerblichen und anderen Herkunftsbereichen, die dem Zweckverband überlassen wurden, keine speziellen Mengenangaben erfasst wurden, die gegenüber den Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushalten abzugrenzen wären.
- spätestens durch Art. 1 Ziff. 6 der Richtlinie 2014/24/EU klar sein dürfte, dass die Gründung eines Zweckverbandes mit delegierender Aufgabenübertragung als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger nicht dem Vergaberecht unterstellt ist und es folglich auf den Erhalt der Inhouse-Fähigkeit auf Seiten des Zweckverbandes nicht ankommt.
- der Zweckverband für die zukünftige Unternehmensausrichtung Rechtssicherheit dahingehend haben muss, dass er sich nicht um den Erhalt seiner Inhouse-Fähigkeit zu sorgen hat, weil es auf diese nicht ankommt.

5. Ist der Beigeladene Zweckverband Abfallwirtschaft in der Lage, das geforderte Zahlenwerk vorzulegen und die erforderlichen Drittumsätze in der exakten Höhe zu beziffern?

6. Stimmen die vom Gericht bezüglich der Drittumsätze durchgeführten Annahmen?

7. Wie hoch sind die Drittumsätze des Zweckverbandes? (Bitte aufschlüsseln nach Abfallfraktionen.)

Zu 5., 6. und 7.)

Es existiert keine verbindliche Festlegung, wie vergaberechtlich relevante, die Inhouse-Fähigkeit berührende Drittumsätze zu definieren sind. Bisher ist der Zweckverband davon ausgegangen und geht auch weiterhin davon aus, dass die Aufgabenerledigung als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger einschließlich der damit verbundenen Hilfsgeschäfte keinen Drittumsatz im vergaberechtlichen Sinne beinhaltet. Auch der Senat hat sich hierzu noch keine abschließende Meinung gebildet, erwägt aber die Frage der Andienungspflicht als Abgrenzungskriterium in Betracht zu ziehen. Dies dürfte mindestens dann äußerst zweifelhaft sein, wenn der Abfall zur Verwertung aus anderen Herkunftsbereichen dem insoweit annahmepflichtigen Zweckverband freiwillig angedient wird (z.B. Bauschutt auf der Deponie). Wie bereits oben dargestellt, verfügt der Zweckverband nicht über das erforderliche Datenmaterial um die Drittumsätze nach den Vorstellungen des Senats zu beziffern.

8. Hält die Region Hannover es für möglich, die durch den Zweckverband Abfallwirtschaft am Markt ausgeführten Tätigkeiten in einem Maße zu reduzieren, dass eine etwaige vergaberechtliche Relevanz ausgeschlossen werden kann, ohne die wirtschaftliche Basis des Zweckverbandes anzugreifen?

Zwar hält es die Region Hannover grundsätzlich für möglich, dass der Zweckverband Abfallwirtschaft bestimmte Aktivitäten am Markt reduziert um die Fremdotsatzquote unter 10 % bzw. 20 % zu halten. Allerdings hält es weder die Region Hannover noch der Zweckverband Abfallwirtschaft für angebracht auf satzungsmäßig zulässige Aktivitäten außerhalb der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zu verzichten. Vielmehr gehen beide davon aus, dass es auf den Erhalt einer vergaberechtlichen relevanten Inhouse-Fähigkeit auf Seiten des Zweckverbandes nicht ankommt.

9. Welche Konsequenzen hätte die Bejahung der Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, nach Urteilsverkündung durch das OLG Celle, auf den Zweckverband und auf die Kostenkalkulation?

10. Hätte die Bejahung der Vorlagefrage zu 1 die Auflösung des Zweckverbandes zur Folge? Wenn nein, welche Konsequenzen wären aus einem nachteiligen Urteil zu ziehen?

Zu 9. und 10.)

Der Senat geht in seinem Vorlagebeschluss von der rechtlichen Vorstellung aus, er könne kraft Vergaberechts den Zweckverband mit Wirkung ex tunc auflösen und die Region Hannover verpflichten, die ihr (sc: gar nicht mehr obliegenden) Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers im Rahmen eines transparenten Vergabeverfahrens neu zu vergeben.

Sollte der EuGH die Vorlagefrage zu Ziff. 1 wider Erwarten im Sinne der Bejahung eines „öffentlichen Auftrages“ beantworten - was wir nur deshalb nicht gänzlich ausschließen können, weil der Senat mit der Beschreibung eines entgeltlichen Aufgabenübergangs die Vorlagefrage 1 nach hiesiger Auffassung offensichtlich falsch formuliert hat - wird es gegebenenfalls erforderlich, das Bundesverfassungsgericht anzurufen. Für einen entsprechenden Hintergrund wäre Folgendes maßgeblich: Das kommunale Selbstverwaltungsrecht in Art. 28 Abs. 2 GG verleiht den Gemeinden und Gemeindeverbänden Hoheit über ihre Verwaltungsorganisation. Organisationshoheit umfasst auch Kooperationsautonomie. Die im Niedersächsischen Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit zugelassene Bildung von Zweckverbänden stellt eine Ausformung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts und der Organisationshoheit der Gemeinden und Gemeindeverbände dar. Auf Maßnahmen, welche die interne Verwaltungsorganisation betreffen, ist das Vergaberecht grundsätzlich nicht anzuwenden. Es handelt sich vielmehr um einen dem Vergaberecht entzogenen Akt der Verwaltungsorganisation. Darauf sind die EU-Vergaberichtlinien nicht anzuwenden, da die Rechtssetzungsorgane der europäischen Gemeinschaft hinsichtlich der Verwaltungsorganisation der Mitgliedsstaaten über keine Normgebungskompetenz verfügen.

Würde der Senat sich mit seiner Rechtsauffassung durchsetzen, liefe dies auf eine Zwangsprivatisierung kraft Vergaberechts hinaus. Vergaberecht ist indes Privatisierungsfolgerecht, das erst dann zur Anwendung kommt, wenn der öffentliche Auftraggeber sich entschlossen hat, Leistungen von einem am Markt tätigen privaten Unternehmen zu beschaffen.

11. In welchem zeitlichen Rahmen werden die Fragen durch den EuGH ungefähr beantwortet?

Die durchschnittliche Verfahrensdauer in einem Vorabentscheidungsersuchen beträgt zurzeit 16 Monate.

12. Welche Folgen hätte jeweils die Bejahung oder Verneinung der Vorlagefrage zu 2.?

Weder die Region Hannover noch der Zweckverband sähen sich durch die Vorlagefrage zu 2 angesprochen.

13. Ist mit Schadensersatzforderung der Beschwerdeführerin zu rechnen?

Für eine Schadensersatzforderung müsste die Beschwerdeführerin als Anspruchsvoraussetzung darlegen, dass sie bei einem gebotenen Vergabeverfahren möglicherweise den Zuschlag erhalten hätte. Wie bereits dargestellt, wäre es schon aus rechtlichen Gründen unmöglich gewesen, der Beschwerdeführerin direkt Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zu übertragen und auch nicht indirekt über eine ihr gar nicht mögliche Beteiligung an einem Zweckverband. Die erfolgreiche Geltendmachung einer Schadensersatzforderung erscheint daher ausgesprochen fernliegend.

14. Von wem wird die Region Hannover und der beigeladene Zweckverband Abfallwirtschaft anwaltlich vertreten?

Die Region Hannover wird vertreten durch die Kanzlei Prof. Verstejl Rechtsanwälte sowie durch die Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte m.b.B. in Brüssel, dort durch Prof. Dr. Robin van der Hout. Der Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover wird vertreten durch die Kanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll. in Berlin.

15. Welche Verfahren wurden seit dem 01.01.2013 gegen den Zweckverband Abfallwirtschaft selbst oder die Region Hannover in Belangen, die den Zweckverband Abfallwirtschaft direkt oder indirekt betreffen, vor Gerichten geführt? (Bitte nennen Sie die einzelnen Verfahren, den jeweiligen Streitgegenstand und die damit verbundenen Kosten.)

Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover:

Neben dem Verfahren 13 Verg 3/13, dass das OLG Celle dem EuGH zur Entscheidung verfahrenserheblicher Rechtsfragen vorgelegt hat, sind seit dem 01.01.2013 keine weiteren Verfahren direkt oder indirekt gegen den Zweckverband geführt worden, die den Bestand des Zweckverbandes zum Gegenstand hatten. Kosten sind dem Zweckverband bisher nicht entstanden, insbes. weil die Ablehnung des Antrag in erster Instanz zu Lasten der Antragstellerin entschieden worden war.

Darüber hinaus war und ist der Zweckverband im Zeitraum seit 01.01.2013 Partei in zahlreichen Klageverfahren:

2013:

Klagen gegen Abfallgebührenbescheide: 30

Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz: 2

Normenkontrollklagen gegen die Abfallsatzung u. Abfallgebührensatzung: 1

Klagen gegen Straßenreinigungsgebührenbescheide: 2

Drittwiderrspruch gegen Sondernutzungserlaubnis: 4 (aha als Beigeladener zur LHH)

Klage/Wiederklage bzgl. dem Wärmedämm-Verbundsystem am Verwaltungsneubau (Verfahren läuft noch, Gutachter Anhörung am 3.7.2015)

Klage wegen Baumangel an der Asphaltdecke an Containerstellfläche in Lahe (Verfahren läuft noch)

2014:

Klagen gegen Abfallgebührenbescheide: 7.884

Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz: 112

Normenkontrollklagen gegen die Abfallsatzung u. Abfallgebührensatzung: 2

Klagen gegen Straßenreinigungsgebührenbescheide: 7

2015 (Stand 28.04.):

Klagen gegen Abfallgebührenbescheide: 349

Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz: 1

Klagen gegen Straßenreinigungsgebührenbescheide: 14

Nicht berücksichtigt sind zivilrechtliche Streitigkeiten (z.B. auf Schadensersatz aus Verkehrsunfällen etc.) oder Verfahren vor den Arbeits- und Sozialgerichten.

Region Hannover:

- OLG Celle: Vergabenachprüfungsverfahren mit dem Antrag, die Unwirksamkeit der Übertragung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers auf den Zweckverband Abfallwirtschaft festzustellen. Beschwerde der Firma Remondis GmbH & Co.KG Region Nord vom 13.02.2013. Das Verfahren ist noch nicht entschieden, Kosten sind noch nicht entstanden.
- VG Hannover: Klage der Firma Remondis GmbH & Co.KG Region Nord vom 01.03.2010 gegen die Region Hannover, Untersagungsverfügung gegen die Sammlung von Altpapier aus privaten Haushaltungen in der Region Hannover. Kosten: 19.059 €.
- OVG Lüneburg: Einlegung der Berufung bezüglich der Aufhebung des Bescheides gegen die Firma Remondis GmbH Co. KG Region Nord (Untersagungsverfügung gegen die Sammlung von Altpapier aus privaten Haushaltungen) am 07.10.2013. Rücknahme der Berufung am 22.11.2013. Kosten: 2.109 €.

16. Welche Verfahren wurden innerhalb des gefragten Zeitraums von Gerichten entschieden ggf. auch außergerichtlich geeinigt oder beigelegt? (Bitte nennen Sie die einzelnen Verfahren, den jeweiligen Streitgegenstand und die damit verbundenen Kosten.)

Zweckverband Abfallwirtschaft Region Hannover:

- Die Verfahren gegen die Abfallgebührenbescheide befinden sich in unterschiedlichen Stadien. Die abschließende Bearbeitung selbst in den Fällen, in denen der Zweckverband die Abfallgebührenbescheide im Zuge der Entscheidung des OVG Lüneburg zu den 3 Normenkontrollanträgen aus 2013 und 2014 bereits vor Wochen aufgehoben hat, dürfte sich nach Aussage des Verwaltungsgerichts noch bis Jahresende hinziehen, da die Bearbeitung dort nur in Abhängigkeit von der Personaldecke erfolgen kann.
- Zurzeit sind für den Zeitraum 01.01.2013 bis 28.04.2015 ca. 3.300 Verfahren beendet. Hiervon ist in ca. 400 Fällen eine Kostenentscheidung zu Lasten der Kläger

ergangen. In den anderen Fällen sind bereits Kosten in Höhe von rund 570.000 Euro entstanden.

Region Hannover:

- VG Hannover: Klage der Firma Remondis GmbH & Co.KG Region Nord vom 01.03.2010 gegen die Region Hannover, Untersagungsverfügung gegen die Sammlung von Altpapier aus privaten Haushaltungen in der Region Hannover. Urteil vom 25.09.2013, Aufhebung des Bescheides der Region Hannover. Kosten: 19.059 €.

Anlage(n):

Abschrift aus öffentlicher Sitzung des OLG Celle vom 29.10.2013